



La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 170/2013

© Alessandro Boscati 2013

Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche - Università degli Studi di Milano

alessandro.boscatti@unimi.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico^α

Alessandro Boscati
Università degli Studi di Milano

1. Premessa. Centralità dell'art. 18 nel dibattito post legge Fornero.	2
2. Articolo 18 e lavoro pubblico: tra immediata applicabilità del nuovo articolo e conservazione del precedente.	5
2.1. Tesi dell'immediata applicabilità al lavoro pubblico del nuovo articolo 18.	5
2.2. Tesi della permanente applicabilità al lavoro pubblico del vecchio articolo 18.	7
3. Una nuova ipotesi ricostruttiva: nullità del licenziamento ed applicabilità della c.d. tutela reintegratoria forte.	8
4. Segue. Ragioni della non condivisione delle tesi volte alla conservazione del vecchio art. 18 e alla automatica applicazione del nuovo art. 18.	9
5. Segue. Specialità del lavoro pubblico e articolo 18 riformato: la difficoltà della coabitazione.	12
6. Segue. Nullità del licenziamento privo di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo ed applicabilità della c.d. tutela reintegratoria forte e del c.d. Rito Fornero.	17
7. La peculiarità della categoria dirigenziale nella specialità del lavoro pubblico.	22

^α Di prossima pubblicazione sul n. 6/2012 di LPA

1. Premessa. Centralità dell'art. 18 nel dibattito post legge Fornero.

Tra i molteplici interrogativi posti dalla legge n. 92/2012 (c.d. Legge Fornero)¹ quelli connessi alla nuova disciplina del licenziamento hanno fin dall'inizio goduto della più vasta eco. Il dibattito si è in prevalenza incentrato sull'interpretazione della nuova formulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nonché sull'ambito e sui limiti di applicabilità della speciale procedura giudiziale prevista per far valere l'illegittimità del licenziamento (c.d. Rito Fornero).

Come noto, il novellato art. 18 ha introdotto in luogo della precedente ed unitaria sanzione reintegratoria prevista per il caso di licenziamento inefficace, discriminatorio, nullo e annullabile quattro diverse tutele, diversamente modulate in ragione del vizio addotto². Una

¹ Sulla riforma Fornero si vedano tra i commentari, F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge 134/2012): licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, Milano, 2012; M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012; G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012; M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino, 2012; P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013; e tra gli altri *ex multis* A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 155/2012*; P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, 813 ss.; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *Giorn.dir.rel.ind.*, 2012, 527 ss.; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, 612 ss.; C. CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, in *Lav.giur.*, 2012, 861 ss.; L. MARIUCCI, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in *Lav.dir.*, 2012, 415 ss.; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, 785 ss.; M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, di prossima pubblicazione in *Riv.it.dir.lav.* 2013, n. 1.

² Si è così previsto: a) tutela reintegratoria forte (assistita dalla reintegrazione nel posto di lavoro e da una tutela risarcitoria piena per il caso di licenziamento discriminatorio, dettato da motivo illecito, nullo ed inefficace perché intimato in forma orale) (primo comma); b) tutela reintegratoria debole (assistita dalla reintegrazione nel posto di lavoro e da tutela risarcitoria attenuata nel caso di licenziamento illegittimo in ragione dell'insussistenza del fatto contestato o perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa) (quarto comma e prima parte del settimo comma); c) tutela indennitaria forte (assistita da tutela risarcitoria "piena" nel caso di illegittimità del licenziamento non rientranti tra le ipotesi della precedente lettera b) (quinto comma e seconda parte del settimo); d) tutela indennitaria debole (assistita da tutela risarcitoria "ridotta" nel caso di licenziamento viziato da errori procedurali) (sesto comma). Come rileva C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir.rel.ind.*, 2012, 1029 il legislatore nel riscrivere la previsione dell'art. 18 "ha di fatto circoscritto quattro macro-aree

proliferazione delle forme di tutele – di cui è sintomatico anche il mutamento della rubrica dell'art. 18, non più "Reintegrazione nel posto di lavoro", bensì "Tutela del lavoratore nel caso di licenziamento illegittimo" – che ha impegnato la dottrina e la giurisprudenza nel tentativo di una loro coerente ricomposizione. In particolar modo l'interesse si è focalizzato sul significato delle locuzioni "insussistenza del fatto"³ e

di riferimento nelle quali risultano disciplinati, rispettivamente i casi di nullità, le conseguenze del licenziamento illegittimo sorretto da una causale soggettiva, le conseguenze del licenziamento illegittimo giustificato da motivi oggettivi, e le violazioni delle regole formali e procedurali", mentre sotto il profilo prettamente sanzionatorio si individuano quattro regimi: "due ipotesi di tutela reale (una "forte", sostanzialmente identica al passato, e una "debole", poiché accompagnata da un risarcimento ridotto) e due ipotesi di tutela obbligatoria (una "forte", da dodici a ventiquattro mensilità, e una debole, da sei a dodici mensilità)".

³ Nell'ambito dell'ampio dibattito che si è sviluppato possono essere individuati due filoni interpretativi prevalenti: da un lato coloro che leggono la formulazione "Fatto non sussiste" come fatto insussistente nella sua materialità (c.d. teoria del fatto materiale), si da ritenere sufficiente l'esistenza dell'accadimento (così A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 437; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori (Relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" – Pescara, 11 maggio 2012)* in <http://www.pietroichino.it>, 12; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St.lav.*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge 134/2012)*, cit., 54; C. PISANI, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Mass.giur.lav.*, 2012, 744; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, 622; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, II, 1067; G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 637 ss.; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg.dir.lav.*, 2013, sp. 6 ss.); diversamente si pongono coloro che interpretano l'espressione "fatto contestato" come fatto in relazione al quale occorrerebbe valutare anche l'elemento soggettivo (c.d. teoria del fatto giuridico) (ancorché con argomentazioni tra loro diverse, cfr. F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore e il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, in particolare 775 e ss. e ID., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, 1112 e ss.; O. MAZZOTTA, *I nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 159/2012*, 16; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St.Lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, sp. 794 ss.; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 553; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 674; A. TURSI, *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, in *Dir.rel.ind.*, 2012, 1141; R. RIVERSO, *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_463149437.pdf; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, cit, 1035; M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St.lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, II, 1058). Peraltro secondo quest'ultima A., *Il rapporto di*

“riconducibilità del fatto tra le condotte punibili con sanzioni conservative sulla base delle previsioni dei contratti collettivi, ovvero dei codici disciplinari applicabili”⁴, idonee a giustificare la c.d. tutela reintegratoria debole⁵.

Sul piano processuale il tema è stato di delimitare l’ambito di applicazione del nuovo rito, sia con riferimento alla sua esclusività o meno (e la questione riguarda il rapporto tra il “nuovo” procedimento ed il “già esistente” procedimento *ex art. 700 cod.proc.civ.*⁶), sia con

lavoro al tempo della crisi, relazione AIDLASS, Pisa 7-9 giugno 2012, spec. 23 ss. la nozione di licenziamento discriminatorio avrebbe carattere meramente esemplificativo e non tassativo, potendo essere estesa sino al punto di ricomprendere qualsiasi ipotesi di licenziamento avente finalità diverse da quelle ammesse dall’ordinamento, con conseguente identificazione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato.

Secondo A. VALLEBONA, *Sulla tutela reale contro il licenziamento per fatto insussistente*, in *Mass.giur.lav.*, 2012, 956 nell’ipotesi di fatto lecito o di fatto illecito di manifesta minima gravità, il fatto esiste, ma il licenziamento per tale fatto deve essere considerato in frode alla legge *ex art. 1344 cod.civ.*

⁴ Altrettanto dibattuta è la problematica relativa alla riconduzione dell’inadempimento contrattuale ad una delle sanzioni conservative previste dal codice disciplinare. Il problema in questi casi concerne la definizione del potere del giudice in assenza di una precisa coincidenza tra fatto contestato e riconducibilità tra una delle sanzioni conservative. In merito v., tra i molti, F. CARINCI., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, cit., 1117 ss.; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, cit., 669; G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, cit., 639; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l’opportunità di un approccio sostanzialista*, cit., 1037; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 555; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, cit., 555; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, cit., 13 ss.

⁵ Chi scrive ritiene che l’insussistenza del fatto deve essere interpretata come assenza di rilevanza disciplinare del fatto, mentre la valutazione del giudice circa l’insussistenza di idonee sanzioni disciplinari (una volta accertato l’inadempimento del dipendente) non comporta l’attribuzione allo stesso del potere di integrare i contenuti delle disposizioni del codice disciplinare stabilendo se le condotte contestate siano meritevoli di una sanzione solo conservativa e, conseguentemente, per questa via giustificare l’applicazione della tutela reintegratoria debole.

⁶ L’evidente ‘sovrapposizione processuale’ che si registra tra procedimento cautelare *ex art. 700 cod.proc.civ.* e rito specifico per il licenziamento previsto dalla Riforma Fornero dà luogo ad aporie sistemiche che incidono sulla efficienza dei processi e sulla loro gestione da parte dei giudici. Si veda nello specifico il caso dell’ordinanza di Piacenza, 12 novembre 2012, di prossima pubblicazione su *Arg.dir.lav.*, 2013, n. 2, commentata da D. COMANDÈ, *Il procedimento giudiziario specifico per il licenziamento nella riforma Fornero: un ginepraio da casa di cura*; ma anche le linee guida di alcuni Tribunali dove i rispettivi Presidenti hanno tentato di adottare, con difficoltà, parametri comuni anche in relazione al profilo della coesistenza dei due procedimenti, Trib. Monza, Firenze, Venezia, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, II, 1110 ss. In merito v. anche R. RIVERSO, *Indicazioni operative su rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, cit., 19 ss.; D. DE FEO, *La prima fase del rito speciale in materia di licenziamenti*, in *Arg.dir.lav.*, 2013, spec. 106 ss.

riferimento al "tipo" di pronuncia che deve essere adottata dal giudice nel caso in cui siano poste (anche) questioni diverse da quelle ammesse⁷.

2. Articolo 18 e lavoro pubblico: tra immediata applicabilità del nuovo articolo e conservazione del precedente.

Nell'ambito del dibattito sinteticamente delineato in premessa ha assunto una propria specificità il licenziamento nel lavoro pubblico e la prima questione ha riguardato la stessa applicabilità del novellato art. 18 e l'esperibilità del rito Fornero. Ne sono emersi due orientamenti contrapposti: l'uno favorevole all'immediata applicabilità dell'art. 18, l'altro teso a conservare per il solo lavoro pubblico il vecchio art. 18⁸.

2.1. Tesi dell'immediata applicabilità al lavoro pubblico del nuovo articolo 18.

Un primo orientamento, quantitativamente maggioritario, propende per l'applicabilità del novellato art. 18 anche al lavoro pubblico. Tale conclusione viene desunta dal rinvio operato dall'art. 51, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 "alla legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni" e "quindi al nuovo articolo 18, che andrebbe applicato anche alla pubblica amministrazione nella sua interezza, in mancanza di espresse deroghe"⁹. Una conclusione che sarebbe rafforzata dal rinvio operato dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 alle "disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice

⁷ Fin dall'inizio la disciplina processuale è stata oggetto di puntuale attenzione (preoccupata) soprattutto da parte di chi è chiamato alla sua applicazione: in merito v. L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 152/2012; P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 158/2012; D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*, in *Il Giusto processo civile*, 2012, 759 ss.

⁸ In altri casi il problema viene segnalato, senza assumere una specifica posizione: così, L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 168/2013, 4 (lo stesso A. in un proprio precedente scritto, *La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno: profili giuridico-istituzionali*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_423809797.pdf, 11, non ravvisava ostacoli all'estensione della riforma dei licenziamenti al lavoro pubblico); C. M. CAMMALLERI, *Sul nuovo rito dei licenziamenti e una proposta di modifica*, in *temilavoro.it*, vol 4, n. 1 del 2012, 4, ritiene che il legislatore "sebbene con una tecnica normativa di assai dubbia efficacia, abbia voluto (rectius: aveva l'intenzione di) mantenere in vita il vecchio art. 18 dello statuto per il lavoro pubblico privatizzato", dubbioso, però, del fatto che questa potrà essere l'interpretazione definitivamente accolta.

⁹ Così R. RIVERSO, *Indicazioni operative su rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *Lav.giur.*, 2013, 22.

civile" e alle "leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa"¹⁰. La tesi volta sostenere la sopravvivenza per rinvio materiale del vecchio articolo 18 è ritenuta carente di "un aggancio normativo testuale e coerente".

A tale tesi si conformano le due pronunce in commento, rese nell'ambito di un procedimento instaurato ex art. 700 cod.proc.civ. ritenuto ammissibile nonostante l'eccezione di parte convenuta¹¹.

Il Giudice monocratico, con l'ordinanza del 9 novembre 2012, dopo aver richiamato il complessivo disegno del riformatore e dopo aver dato atto dell'esistenza in dottrina di posizioni differenti in merito all'applicabilità della riforma al lavoro pubblico ha ritenuto che "allo stato non possa negarsi l'applicazione ai rapporti di lavoro pubblico della disciplina attualmente vigente in materia di licenziamenti dal punto di vista sia sostanziale che processuale". In tal senso deporrebbe il rinvio operato dall'art. 51 del D.Lgs. n. 165/2001 allo Statuto dei lavoratori che in quanto "rinvio mobile" "recepisce il contenuto di norme collocate in altre fonti adeguandosi automaticamente all'evoluzione delle medesime, dal che consegue l'applicazione del nuovo art. 18 dello statuto (e del rito speciale che il predetto articolo richiama) anche al pubblico impiego privatizzato". Sempre secondo il Giudice di *prime cure* la tesi dottrinale che propende per la permanente applicabilità del vecchio articolo 18, pur poggiando sull'assunto, ritenuto non secondario, dell'intenzione del legislatore di dettare per il lavoro pubblico norme speciali in materia, contrasta con quella che è la chiara lettera della norma. Ritiene, infatti, che tale ricostruzione "non spiega come sia possibile, a fronte di una lettera così chiara che la riforma non ha corretto né intaccato, dettando disposizioni transitorie, considerare il rinvio di tipo recettizio e, per l'effetto, porre a base delle decisioni sui licenziamenti pubblici il vecchio art. 18 abrogato dalla legge 92/2012, determinandone una sopravvivenza a tempo indeterminato che la norma sopra riportata e la carenza di una espressa salvezza delle disposizioni precedenti paiono inequivocabilmente escludere".

Sulla stessa scia si pone il Tribunale in sede di reclamo ove, riproponendo le ragioni che stanno alla base del problema interpretativo,

¹⁰ Prosegue sempre R. RIVERSO: "Sarebbe quindi da applicare la normativa generale sui licenziamenti come prevista dal codice civile, nella legge n. 602/1966 e nella legge n. 300/1970". Anche A. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro, cit.*, considera possibile la diretta applicabilità del nuovo art. 18 al lavoro pubblico.

¹¹ Come evidenziato da C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *questa rivista*, 2012, 722 si tratta di un vero e proprio *obiter dictum*, atteso che l'espresso principio dell'applicabilità affermato nel provvedimento, rappresenta un corpo estraneo al *decisum*, limitato alla reiezione della domanda ex art. 700 cod.proc.civ.

si afferma che "accedendo alla tesi che vuole il nuovo articolo 18 non applicabile al pubblico impiego, si violerebbe l'art. 51, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, secondo il quale tale settore è disciplinato dalla legge 300/1970 come via via modificata". Per superare tale ostacolo – prosegue il Collegio – si dovrebbe postulare un'abrogazione tacita parziale del comma 2 dell'art. 51 "con espunzione dalla norma del richiamo alle modifiche del solo art. 18, fermo restando il rinvio mobile alle altre parti dello Statuto dei lavoratori". Un'abrogazione che non ha appigli testuali e che non può farsi derivare da ragioni sostanziali o sistematiche "poiché nessun argomento depone per la sussistenza di apprezzabili motivi per sottrarre la disciplina del pubblico impiego (sin qui comune a quella dell'impiego privato) alla modifica dell'art. 18 almeno con riferimento ai licenziamenti disciplinari, settore che esula da profili riguardanti finalità di mobilità o di politica del mercato del lavoro".

2.2. Tesi della permanente applicabilità al lavoro pubblico del vecchio articolo 18.

All'opposto vi è chi propende per la permanente applicabilità al settore pubblico dell'art. 18 pre-riforma Fornero. Una prima prospettazione basa la permanente vigenza sull'interpretazione della locuzione "e sue successive modificazioni" contenuta nel secondo comma dell'art. 51 che è stato ritenuta riferita alle modifiche intervenute tra il 1970 e il 2001. Si è così affermato che tale formulazione non "possa riguardare anche le recenti e radicali modifiche come quelle di cui alla legge n. 92/2012, attesa l'impossibilità di una valenza *ex post* contenuta in una norma – per l'appunto quella dell'art. 51 - in vigore nel lontano 2001". Secondo tale ricostruzione "non è ipotizzabile una lettura dell'art. 51 volta a ipotecare, anche per il futuro, l'applicazione di ogni modifica alle norme dello Statuto al pubblico impiego"¹².

Una diversa e più articolata ricostruzione si basa su una interpretazione storico-teleologica della norma e giunge alla conclusione sistematica della coesistenza nel sistema di due articoli 18, uno, il nuovo testo risultante dalla modificazione della legge n. 92/2012, applicabile al settore privato, un altro, il vecchio testo, applicabile al settore pubblico¹³.

¹² Così C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico, cit.*, 720. L'A. giunge anche ad escludere l'applicabilità del Rito Fornero alle controversie relative al licenziamento dei dipendenti pubblici. Nello stesso senso della coesistenza A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, 55 il quale ritiene "sopravvissuto per rinvio materiale il vecchio testo dell'art. 18 fino alla prevista "armonizzazione".

¹³ Così F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in *Lav.giur.*, 2013, 27 ss. il quale nella propria rielaborazione di un articolo già pubblicato (*Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in questa *Rivista*, 2012, 247 ss.) considera espressamente anche la sentenza monocratica del Giudice di Perugia.

Secondo tale ricostruzione, di cui si sintetizza al massimo l'articolato ragionamento, i commi 7 ed 8 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 rivelano l'intenzione di varare un corpo di norme specifiche per il settore pubblico che dovrà avvenire, nel rispetto dei principi cardine della riforma, tramite un confronto con le organizzazioni sindacali. Nelle more resta vigente il testo dell'art. 18 nella formulazione antecedente alla legge Fornero. La circostanza per cui la cristallizzazione per il settore pubblico del vecchio art. 18 rappresenti l'intenzione del legislatore troverebbe una chiara conferma nelle finalità della legge "a misura del lavoro privato", sì da apparire "logico e coerente che l'art. 1, comma 7 restringa l'area di applicabilità della legge con esclusione dell'impiego pubblico, costruendo di conserva la nuova tipologia e disciplina contrattuale". Nondimeno l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 18 riformato deriverebbe dalla continuità esistente tra la riforma Biagi e la riforma Fornero che si esprimerebbe sia nel voler "diversificare una disciplina che la c.d. privatizzazione avrebbe voluto rendere sempre più comune fra lavoro privato e impiego pubblico" sia "nel far credere che trattasi di un'inversione di marcia solo temporanea"¹⁴.

3. Una nuova ipotesi ricostruttiva: nullità del licenziamento ed applicabilità della c.d. tutela reintegratoria forte.

A parere di chi scrive nessuna delle due impostazioni è del tutto condivisibile. Nell'affermare questo si manifesta l'esigenza di ricercare una nuova soluzione interpretativa che, partendo da quanto fino ad ora elaborato in dottrina ed in giurisprudenza, fornisca una rilettura delle norme alla luce della specialità del lavoro pubblico e dei principi espressi dalla Corte Costituzionale.

Tutto ciò non senza esprimere preliminarmente una considerazione di "contesto". All'attento studioso non può sfuggire un'ambiguità di fondo nel panorama interpretativo oggi maggioritario: da un lato nel settore privato sembra primeggiare – ed in giurisprudenza è quasi un plebiscito – un orientamento fortemente conservatore del passato, tutto teso ad interpretare il novellato articolo 18 in continuità con il precedente testo della norma, per giungere ad applicare in via

¹⁴ Così sempre F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18, cit.*, 31 il quale ritiene che causa di tale divaricazione sia la crescente diversità nella problematica occupazionale, data, nel lavoro privato, da una forte inoccupazione giovanile, da affrontare con una politica di incentivazione normativa e finanziaria della domanda di lavoro delle imprese; costituita nell'impiego pubblico da una notevole esuberanza di personale da gestire con una politica di riduzione della consistenza di organico delle pubbliche amministrazioni.

pressocchè prevalente quella che è stata definita la tutela reintegratoria (ancorchè nella sua forma debole); dall'altro lato nel settore pubblico si apre "senza freno" al nuovo articolo 18, non ponendosi una particolare attenzione al problema della sua compatibilità con i profili di specialità del lavoro pubblico. Se infatti si può dubitare della tenuta della tesi della permanente applicabilità del vecchio art. 18 argomentata sulle finalità delle legge di riforma, sulla *ratio* dei commi 7 e 8 dell'art. 1 della stessa legge, nonché sull'autosufficienza del sistema disciplinare del settore pubblico, non si può tantomeno sottovalutare l'ontologica specialità del lavoro pubblico e così giustificare un'immediata trasposizione del nuovo articolo 18 nel settore pubblico sulla base di una norma di rinvio pensata e nata in un contesto normativo del tutto differente.

4. Segue. Ragioni della non condivisione delle tesi volte alla conservazione del vecchio art. 18 e alla automatica applicazione del nuovo art. 18.

È indubbio che il comma 2 dell'art. 51 operi un espresso richiamo allo Statuto dei lavoratori. Un rinvio che, per come è formulato, ovvero alla legge 20 maggio 1970, n. 300 e "successive modificazioni ed integrazioni", non può considerarsi un rinvio materiale al testo dello Statuto – e per quanto qui interessa al suo articolo 18 – vigente al momento dell'approvazione del D.Lgs. n. 165/2001. Nondimeno la permanente vigenza del vecchio articolo 18 pare in contrasto con la scelta operata dalla legge n. 92/2012 che utilizzando la tecnica della novellazione ha abrogato, e non semplicemente disapplicato, la formulazione previgente (su cui v. anche *infra*).

È tuttavia del pari indubbio che dai commi 7 e 8 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 derivi una regola impeditiva dell'applicabilità "automatica" della disciplina sostanziale della legge Fornero al lavoro pubblico¹⁵. Il comma 7 prevede che le "disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni... in coerenza con quanto disposto dall'art. 2, comma 2 (del D.Lgs. n. 165/2001)"; il successivo comma 8 assegna "al

¹⁵ V. C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, cit., 714, il quale dopo aver affermato che i due commi esprimerebbero "in ragione delle evidenti e per certi versi plateali antinomie, insanabili contraddizioni, peraltro insite nei loro stessi contenuti letterali che non sono certo consequenziali, anzi presentano delle vistose illogicità" (pag....) la previsione del comma 8 "finisce per vanificare ogni possibile tentativo rivolto a costruire un'interpretazione, diretta ad un'applicazione immediata della legge Fornero al pubblico impiego, nel segno della tanto agognata, ma disattesa, omogeneizzazione tra le due aree del lavoro subordinato" (pag.....).

Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche" la competenza a individuare e definire "anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche". Dunque, se si leggono in maniera coordinata le due disposizioni, emerge come quella che potrebbe, in ipotesi, essere considerata l'apertura del comma 7, è immediatamente bloccata dal successivo comma 8 che richiede un esplicito intervento normativo.

Si tratta certamente di disposizioni criptiche, volutamente tali, frutto di un compromesso evidente e da leggere in continuità con l'accordo sottoscritto il precedente 11 maggio¹⁶. In presenza di una chiara volontà del legislatore di varare una riforma per il solo settore privato occorre tuttavia mantenere un legame con il lavoro pubblico privatizzato per non vanificare il principio della tendenziale uniformità di disciplina che è alla base dell'intero processo di riforma.

Per cercare di dipanare l'intricata matassa occorre partire proprio da quanto disposto dai commi 7 e 8 citati, con peculiare riguardo al primo¹⁷.

In merito, molto si è dibattuto con riguardo all'inciso del comma 7 "per quanto da esse non espressamente previsto" inserito tra le parole "disposizioni della presente legge" e "costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni". Si è in particolare affermato che esso "sembrerebbe dire che le disposizioni della legge costituiscono principi e criteri non per quanto previsto, ma per quanto ...non previsto, col che si è ben oltre il limitare dell'assurdo"¹⁸. Certamente il comma non eccelle per tecnica normativa, ma sembrerebbe voler dire che le disposizioni costituiscano principi e criteri in quanto non vi sia una espressa previsione di applicabilità al lavoro pubblico da parte di una norma della stessa legge n. 92/2012. In questo secondo caso, e solo in questo, si avrebbe una immediata applicabilità delle nuove disposizioni. Il che può apparire tautologico, ma non è assurdo. Non convince, invece, una prospettazione che intendesse la non applicabilità limitata alle sole norme che non sono già in vigore per il pubblico impiego per le quali non sarebbe necessario alcun processo di adeguamento e che sarebbero, dunque,

¹⁶ Si può leggere il testo dell'accordo in http://www.funzionepubblica.gov.it/media/974771/testo_accordo.pdf.

¹⁷ Vedi F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in questa *Rivista*, 2012, 248 il quale ha affermato che "commentare i commi 7 e 8 dell'art. 1, l. n. 92/2012 equivale a "sparare sulla croce rossa".

¹⁸ F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18, cit.*, 30.

immediatamente applicabili. Tale conclusione non considera l'esigenza espressa di operare comunque una valutazione di compatibilità delle nuove norme con il "sistema" lavoro pubblico.

In considerazione di quanto appena esposto si condivide l'affermazione per cui il legislatore esplicitando la valenza delle disposizioni come principi e criteri ha inteso escluderne una puntuale applicazione¹⁹. Ciò in conformità alla finalità della legge dettata "a misura del lavoro privato"²⁰. Ed è altrettanto condivisibile l'osservazione formulata dalla stessa dottrina per cui è difficile capire come singole norme possano costituire principi e criteri "a meno di non ritenere che tutte, proprio tutte, debbano essere assunte come tali"²¹.

Tuttavia, proprio con riguardo al novellato art. 18 il riferimento ai principi e ai criteri assume un rilievo particolare in ragione della centralità della norma nel sistema di tutele. Occorre, infatti, interrogarsi se ai sensi del novellato articolo 18 la reintegrazione rappresenti ancora un principio. Si ritiene che il quesito non possa avere risposta positiva. L'introduzione di forme di tutela meramente risarcitoria, ferma la reintegrazione (forte e debole) porta a ritenere che la ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro non rappresenti più la regola. Come osservato anche dal Tribunale di Perugia nel giudizio di *prime cure* vi è uno spazio tendenzialmente residuale della tutela in forma specifica costituita dalla reintegra nel posto di lavoro²². Del che è conferma anche il mutamento della rubrica dell'art.

¹⁹ Sempre F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18, cit.*, 30.

²⁰ F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18, cit.*, 30 il quale afferma che "Se, dunque, le finalità sono a misura del lavoro privato appare logico e coerente che l'art. 1, comma 7 restringa l'area di applicabilità della legge con l'esclusione dell'impiego pubblico, costruendo di conseguenza la nuova tipologia e disciplina contrattuale.

²¹ Ancora F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18, cit.*, 30.

²² Così anche A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 437. La circostanza che la reintegrazione assuma una valenza residuale induce a ripensare l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. S.U. 10 gennaio 2006, n. 141) che hanno qualificato come fatto impeditivo del diritto alla reintegra l'assenza del requisito dimensionale, gravando sul datore di lavoro il relativo onere. Una conclusione che è stata raggiunta all'esito di un'analisi del rapporto tra tutela reale e tutela obbligatoria e sulla qualificazione della prima come regola. Secondo M. DE CRISTOFARO e G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata (23.10.2012)*, in www.judicium.it, 33 l'assenza del requisito dimensionale deve essere ancora qualificato come fatto impeditivo in quanto "gli stessi valori costituzionali, invocati dalle Sezioni Unite per giustificare la ordinarietà del diritto alla reintegra, giustificano appieno una presunzione a vantaggio del regime rafforzato di tutele". In merito v. anche V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 538 s. il quale osserva che "la tesi della indennità risarcitoria come "regola", oltre a costituire un notevole cambiamento dell'intero sistema, incrementerebbe il "dualismo" tra le grandi imprese e quelle medio piccole".

18, non più "Reintegrazione nel posto di lavoro", ma ribattezzata "Tutela del lavoratore nel caso di licenziamento illegittimo"²³.

Importante è anche il richiamo contenuto sempre nel comma 7 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 alla coerenza con quanto disposto dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001. Un richiamo che suona come un'esplicita esigenza di considerare e preservare i profili di specialità del lavoro pubblico prima di valutare l'estensione ad esso delle nuove norme. Una richiesta di coerenza che riecheggia nella mente la c.d. clausola di specialità contenuta nella primissima formulazione del decreto 29.

Alla luce di tali riflessioni e dell'esplicita richiesta di intervento dettata dal comma 8 occorre chiedersi se sia effettivamente sufficiente il rinvio operato dal comma 2 dell'art. 51 allo Statuto dei lavoratori per sostenere l'immediata applicabilità del nuovo articolo 18. Un questione che se risolta positivamente deve portare coerentemente a ritenere che si applichino immediatamente al settore pubblico non solo l'art. 18 riformato, ma anche tutte le nuove disposizioni normative che sono intervenute a novellare leggi applicabili al settore pubblico per richiamo espresso operato dal D.Lgs. n. 165/2001 (così prima fra tutte le disposizioni in materia di contratto a termine in ragione dell'espresso richiamo operato al D.Lgs. n. 368/2001 da parte dell'art. 36, comma 2, e di congedo per maternità e paternità²⁴).

5. Segue. Specialità del lavoro pubblico e articolo 18 riformato: la difficoltà della coabitazione.

Fin qui si è svolta la parte *destruens* del discorso, con l'indicazione delle ragioni per le quali non convincono né la tesi della permanente vigente del vecchio articolo 18, né quella dell'incondizionata applicabilità del nuovo articolo 18. Occorre ora passare alla parte *construens* del ragionamento.

Come anticipato, il rinvio operato dal comma 2 dell'art. 51 allo Statuto dei lavoratori deve essere letto alla luce di quanto previsto dal primo comma dello stesso articolo 51 ed in stretta connessione con la speciale disciplina del lavoro pubblico. Un'analisi che funge da premessa

²³ Secondo C. CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, cit., 862, la maggiore ampiezza si riferisce agli ambiti e non certo allo spessore della tutela.

²⁴ Per la non applicabilità al lavoro pubblico della legge n. 92/2012 v. il parere della Funzione Pubblica 20 febbraio 2013 (in materia di congedo obbligatorio e facoltativo del padre lavoratore, voucher alla madre lavoratrice), in http://www.funzionepubblica.gov.it/media/1056192/art4_comma24_l_92_2012_congedo_obbligatorio_padre_voucher_madre.pdf ,

alla valutazione dei contenuti del nuovo articolo 18 e della loro piena compatibilità con il lavoro pubblico anche con riferimento ai principi affermati dalla Corte costituzionale.

Si deve innanzitutto leggere il secondo comma dell'art. 51 in connessione con il primo ove si afferma che "il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1". Il secondo comma definisce l'ambito di applicazione dello Statuto dei lavoratori riferendosi non ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ma alle pubbliche amministrazioni, dovendosi intendere come tali, nonostante manchi detta precisazione nella norma, le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2²⁵.

Dal combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 51 deriva che l'applicabilità delle disposizioni statutarie è possibile solo per gli istituti e per i profili che non risultino diversamente disciplinati da altre previsioni del D.Lgs. n. 165/2001. L'art. 2, comma 2, primo periodo del decreto 165, richiamato espressamente dal comma 1 dell'art. 51, nell'operare un esplicito rinvio alle disposizioni del settore privato fa salve le specifiche disposizioni legislative contenute nel decreto 165 che – per espressa precisazione introdotta dalla riforma del 2009 – "costituiscono disposizioni a carattere imperativo"²⁶. Dalla lettura coordinata delle norme consegue l'inapplicabilità alle pubbliche amministrazioni e ai loro dipendenti delle disposizioni statutarie che risultano derogate dalle disposizioni del decreto 165/2001. Così è certamente in parte per l'art. 19 dello Statuto relativo alle r.s.a.; ed è così anche per quanto concerne il procedimento disciplinare regolamentato nel privato dall'art. 7 dello Statuto e nel pubblico dalla speciale disciplina dettata dall'art. 55-*bis*.

Tra le speciali disposizioni del D.Lgs. n. 165/2001 deve essere annoverata anche la disciplina sostanziale del licenziamento dettata dall'art. 55-*quater* ove si afferma: "ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica

²⁵ L'esplicito autonomo riferimento al rapporto di lavoro dei dipendenti ed alle pubbliche amministrazioni riecheggia quanto previsto dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003 ove si afferma che "Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale".

²⁶ Con riguardo alla natura imperativa delle speciali disposizioni del D.Lgs. n. 165/2001 v. S. MAINARDI, *Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro pubblico*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011, sp. 9 ss. Secondo V. FERRANTE, *I poteri datoriali rivisitati (Commento agli articoli 32-36 del D.Lgs. n. 150/200)*, in *Nuove leggi civ.com.*, 2001, 1106 ritiene del tutto inutile l'esplicita affermazione della natura imperativa delle speciali disposizioni in quanto ciò appariva evidente già dal precedente testo normativo.

comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi", elencati dalla stessa norma. Dunque, l'articolo nell'individuare una serie di ipotesi che comportano il licenziamento ²⁷opera un espresso richiamo alle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo, nonché al ruolo del contratto collettivo "legittimato" ad individuare ulteriori ipotesi di licenziamento nel rispetto, comunque, del principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 cod.civ.²⁸

Nel vigente D.Lgs. n. 165/2001 è, dunque, presente, a differenza di quanto avveniva prima dell'intervento di riforma del 2009, una disciplina sostanziale (art. 55-*quater*) e procedimentale (art. 55-*bis*) del licenziamento disciplinare in sé autosufficiente ed espressamente qualificata di natura imperativa (cfr. anche oltre con riferimento all'art. 1, comma 2, ed all'art. 55, comma 1 del D.Lgs. n. 165/2001)..

Il legislatore definisce chiaramente quale sia la sanzione connessa alla violazione dei termini del procedimento: la decadenza dall'azione disciplinare per l'amministrazione e dall'esercizio del diritto di difesa per il dipendente. Nulla dice, invece, esplicitamente per quanto concerne la tutela connessa alla mancanza di giusta causa o di giustificato motivo. Vi è "unicamente" il rinvio operato all'art. 18 in quanto incluso nel più ampio rinvio alle disposizioni dello Statuto.

Senonché si ritiene che il rinvio non possa riguardare il "vecchio" articolo 18. È vero, il sistema disciplinare nel lavoro pubblico è dotato di una propria autosufficienza normativa per quanto concerne il fondamento e le modalità di esercizio del potere di recesso; è altresì vero che nelle intenzioni del legislatore del 2012 vi era la volontà di escludere il lavoro pubblico dall'ambito di applicazione della riforma; è però indubbio che il legislatore non ha previsto alcuna esplicita salvezza del vecchio testo dell'art. 18. Sicché se è indubbio che nell'interpretazione della legge occorre avere riguardo anche all'intenzione del legislatore, è tuttavia incontestato che l'intenzione del legislatore deve essere ricercata sulla base del testo del documento legislativo da interpretare, considerato nella sua interezza e in relazione ad altri documenti rilevanti. E se si analizza il testo della legge n. 92/2012 emerge l'abrogazione e non la mera disapplicazione del previgente art. 18. Il legislatore (cfr. art. 1, comma

²⁷ In realtà è più corretto affermare che possono comportare, configurandosi diversamente una sanzione estintiva sostanzialmente automatica in contrasto con il consolidato orientamento della Corte Costituzionale che esclude la legittimità di sanzioni estintive automatiche del rapporto di lavoro.

²⁸ Cfr. art. 55, comma 2, primo periodo del D.Lgs. n. 165/2001.

42 della legge n. 92/2012) utilizza il termine sostituzione, di per sé inequivoco della volontà di abrogare la precedente disciplina²⁹.

Tuttavia affermare l'inapplicabilità del vecchio articolo 18 non può condurre a contrario (ed acriticamente) all'applicabilità "incondizionata" del nuovo articolo 18 in ragione del rinvio contenuto nell'art. 51, comma 2 allo Statuto dei lavoratori. Un nuovo art. 18 che – come già detto – non individua più la reintegrazione come principio, prevedendo ampie ipotesi di tutela risarcitoria difficilmente compatibile con l'illegittimità del licenziamento nel settore pubblico.

Già dal punto di vista dell'interpretazione letterale vi è un primo chiaro indice che esclude l'applicabilità al lavoro pubblico della tutela risarcitoria debole. Il nuovo comma 6 dell'art. 18 richiama tra le violazioni procedurali che danno diritto alla corresponsione di una indennità risarcitoria tra le sei e le dodici mensilità la violazione della procedura di cui all'art. 7 dello statuto, mentre nel pubblico la procedura è dettata dall'art. 55-*bis*. Una violazione della procedura che nel settore pubblico "non produce una semplice inefficacia monetizzabile, ma una nullità radicale ed insanabile"³⁰. Né in senso contrario può assumere rilievo la teoria della c.d. parallelismo delle tutele e per questa via sostenere che il vizio procedimentale non comporta necessariamente la sanzione della nullità, ma può condurre ad una tutela "solo" risarcitoria. In merito occorre considerare quella teoria alla luce delle motivazioni della sua elaborazione. La Cassazione con le sentenze a Sezioni Unite del 1994³¹ volle impedire che nell'ambito della tutela obbligatoria il vizio procedurale fosse sanzionato più gravemente del vizio sostanziale; di qui la previsione dell'applicazione della medesima tutela ai due vizi. In questo caso il contesto è del tutto diverso ed anzi, opposto: si tratta non di omologare le tutele per vizi diversi, ma sostenere la congruità di tutele diverse in ragione del diverso vizio. Tutto ciò nell'ambito di un chiaro dettato normativo che indica nel caso di violazione procedimentale il tipo di sanzione, la nullità.

Ma ancor più rilevante è il dato sistematico, ovvero l'impossibilità di configurare in capo al lavoratore pubblico illegittimamente licenziato una tutela meramente risarcitoria. La Corte Costituzionale con la

²⁹ Diversamente F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in questa *Rivista*, 2012, 256.

³⁰ Così F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18, cit.*, 33.

³¹ La Cassazione a Sezioni Unite con le sentenze 26 aprile 1994, n. 3966 (in *Foro it.*, 1994, I, c. 1708) e 18 maggio 1994, nn. 4844 (in *Orient.giur.lav.*, 1994, p. 586 ss.) ha affermato il principio che il licenziamento per motivi disciplinari comminato dal datore di lavoro senza rispettare le garanzie procedurali previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori non è nullo, ma semplicemente ingiustificato; in seguito v. tra le molte Cass. 12 aprile 2003, n. 5855; Cass. 6 agosto 1999, n. 8493; Cass. 27 giugno 1998, n. 6396.

sentenza n. 351/2008 ha affermato che "sul piano degli strumenti di tutela" "forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi"³².

La Corte Costituzionale enuncia il principio con esplicito riferimento alla categoria dirigenziale. Tuttavia non si può ritenere di confinare detto principio alla categoria di personale. La considerazione limitata alla sola dirigenza deve essere contestualizzata con riferimento alle censure avanzate e riportata al momento in cui fu pronunciata: un momento in cui era indubbia l'applicabilità dell'art. 18 al personale non dirigenziale ed in cui la giurisprudenza di Cassazione, non senza critiche in dottrina, aveva sancito l'applicabilità dell'art. 18 anche alla dirigenza³³. Un'affermazione della Corte Costituzionale che deve essere, quindi, letta come espressione della volontà di puntellare quando deciso dai giudici di legittimità in relazione ad una generale applicabilità dell'art. 18 e, dunque, della reintegrazione, al settore pubblico.

Con il mutare del quadro normativo di riferimento non si può neppure in ipotesi sostenere l'ammissibilità di una tutela meramente risarcitoria per il personale non dirigenziale circoscrivendo il principio espresso dalla Corte alla sola dirigenza. Tale soluzione oltre ad essere di per sé palesemente incongrua, contrasta anche con la motivazione di fondo contenuta nella citata sentenza n. 351/2008. In questa sentenza la Corte afferma che a differenza di quanto accade nel settore privato ove "il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente", il settore pubblico "è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi; dunque, a tutela dei principi costituzionali di imparzialità (e del correlato principio dell'accesso per pubblico concorso) e di buon andamento dettati dall'art. 97 della Costituzione, nonché del principio dettato dal successivo art. 98 il quale al comma 1 prevede che "i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione".

Il che porta a ritenere indefettibile nel settore pubblico non solo la regola della necessaria giustificazione del recesso, ma anche la previsione di una tutela ripristinatoria. E ciò, a differenza del settore privato ove è costituzionalizzata la garanzia del lavoratore ad essere licenziato solo in

³² Corte Cost. 24 ottobre 2008, n. 351.

³³ Su cui v. infra nel prossimo paragrafo.

presenza di una giustificazione causale, mentre è rimessa alla discrezionalità del legislatore la valutazione in ordine alle conseguenze sanzionatorie applicabili nel caso di illegittimità del licenziamento³⁴.

6. Segue. Nullità del licenziamento privo di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo ed applicabilità della c.d. tutela reintegratoria forte e del c.d. Rito Fornero.

Evidenziate le ragioni per le quali si ritiene che non sia possibile applicare al settore pubblico l'intero nuovo art. 18, occorre chiedersi quale sia la tutela di cui gode il dipendente illegittimamente licenziato. La risposta al quesito impone di qualificare preliminarmente il tipo di invalidità conseguente all'illegittimo atto di recesso datoriale (in quanto privo di giustificazione o viziato nella procedura). Quanto al vizio procedimentale si è già detto che si propende per la tesi favorevole a ravvisare una radicale nullità dell'atto di recesso. Alla stessa conclusione si ritiene di dover giungere per quanto riguarda l'assenza di giusta causa o di giustificato motivo. L'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 qualifica espressamente come norme imperative tutte le speciali disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 165/2001³⁵. Un'imperatività che è espressamente ribadita per il *corpus* norme disciplinari dall'art. 55, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001 secondo cui "Le disposizioni del

³⁴ Cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 423. In merito v. Corte Costituzionale 7 febbraio 2000, n. 46 che nel sostenere che l'art. 18 dello Statuto costituisce un'indubbia manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli articoli 4 e 35 della Costituzione "che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi di attuazione" nel contempo afferma la tutela reale "per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi" con la conseguenza che l'eventuale abrogazione di tale forma di tutela "avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio della necessaria giustificazione del licenziamento". Cfr. anche Corte Cost. 28 dicembre 1970, n. 194; Corte Cost. 14 luglio 1976, n. 129; Corte Cost. 22 dicembre 1980, n. 189. In dottrina per un'analisi compiuta della giurisprudenza costituzionale v. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2007, sp. 671 ss.

³⁵ In generale sulla qualificazione di una norma come imperativa v., da ultimo, M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, 2009, s. 11 ss., oltre al fondamentale R. DE LUCA TAMAUO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.

presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-*octies*, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile”.

Dall'imperatività delle norme deriva che il licenziamento irrogato in contrasto con il precetto legislativo, ovvero con la norma imperativa che prevede che debba essere assistito da giusta causa o da giustificato motivo, deve essere qualificato come atto nullo (e, dunque, come licenziamento nullo)³⁶ e non “solamente” ingiustificato. La sanzione della nullità deriva dal fatto che nel settore pubblico la necessaria giustificazione causale del licenziamento assume una valenza peculiare, non limitata alla sola tutela del prestatore di lavoro³⁷.

A questo punto si aprono due possibili vie interpretative. Ravvisare una nullità di diritto comune, facendone derivare tutte le connesse conseguenze in termini strettamente civilistici³⁸, oppure valutare la possibile applicazione dei soli primi tre commi dell'art. 18. Quest'ultima ipotesi deriva dalla riconduzione nell'ambito di applicazione della c.d. tutela reintegratoria forte anche degli “altri casi di nullità previsti dalla legge” (cfr. nuovo art. 18, comma 1). Una formulazione interpretata in dottrina come volontà di riferirsi ad altre violazioni diverse da quelle tipizzate, ma di gravità tale da giustificare la qualificazione come nullo del

³⁶ Una nullità del licenziamento che comporta, comunque, l'applicabilità dei termini decadenziali previsti dall'art. 6 della legge n. 604/1966. Cfr. in merito, ancorché con riferimento alla disciplina antecedente al c.d. Collegato lavoro, Cass. 27 febbraio 2003, n. 3022, in *Orient.giur.lav.*, 2004, I, 215 secondo cui il termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento previsto dall'art. 6 legge n. 604 del 1966 deroga al principio generale - desumibile dagli art. 1421 e 1422 c.c. - secondo il quale, salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e l'azione per farla dichiarare non è soggetta a prescrizione. Nella stessa pronuncia, peraltro, si afferma che la disposizione dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966 è da considerarsi di carattere eccezionale e non è perciò applicabile, neanche in via analogica, ad ipotesi di nullità del licenziamento che non rientrano nella previsione della citata legge n. 604 del 1966.

³⁷ Come rileva R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv.dir.civ.*, 2008, in caso di contestazioni circa la legittimità delle modalità di esercizio del potere, il diritto positivo può adottare come modello di disciplina sia quello della nullità che quello dell'annullabilità (pag. 78), evidenziando tuttavia che l'atto è nullo “in quanto difforme dal paradigma normativo in un suo aspetto fondamentale” (pag. 92-93). Ora nel caso in esame il diritto positivo ha espressamente preso posizione a favore della nullità del tutto coerentemente con le peculiarità che nel lavoro pubblico assume l'esercizio del potere di recesso.

³⁸ Sulle tecniche civilistiche di invalidazione dell'atto di recesso v. E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1979, n. 3, sp. 324 ss.; P. TULLINI, *La c.d. tutela reale di diritto comune*, in *Quad.dir.lav.rel.ind.*, n. 8/1990, 103 ss.; L. MONTUSCHI, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in *Dir.rel.ind.*, 1997, n. 1, 3 ss.

licenziamento³⁹. Si è così ritenuto di applicare la tutela forte quando il licenziamento sia stato adottato in violazione di norma imperativa, oppure in frode alla legge⁴⁰.

È del tutto evidente come l'accoglimento dell'una o dell'altra soluzione abbia una diretta incidenza sull'applicabilità del c.d. Rito Fornero. Laddove si opti per una nullità di diritto comune estranea al corpo dell'art. 18 non si potrà coerentemente applicare lo speciale rito dettato dalla legge n. 92/2012. Come già evidenziato, il comma 47 dell'art. 1 della legge 92 prevede l'applicabilità del rito speciale "alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni". Nel caso in cui, invece, si opti per la ritenuta applicabilità della c.d. tutela reintegratoria forte ne deriva l'applicabilità anche del Rito Fornero in ragione dell'"appiglio" testuale alla regolazione ai sensi dell'art. 18, anche se limitato al suo primo comma.

Sulla base delle premesse poste, dopo aver lungamente ponderato quale delle due soluzioni privilegiare, l'iniziale pensiero favorevole a ravvisare una nullità di diritto comune estranea all'ambito di applicazione dell'art. 18 si è progressivamente evoluto a favore della riconduzione della nullità del licenziamento nell'ambito dell'ipotesi prevista dal comma 1 del nuovo art. 1 in quanto "altri casi di nullità previsti dalla legge".

Non si nasconde che alla base vi sia anche una precisa opzione di pensiero tesa a valorizzare (e per quanto possibile conservare) i profili di comunanza tra lavoro pubblico e lavoro privato rispetto a quelli di divaricazione. Se sul piano del diritto sostanziale le differenze tra l'accoglimento dell'una o dell'altra impostazione possono apparire non così marcate, certamente sul piano processuale l'accoglimento avrebbe comportato una necessaria divaricazione di riti. Un'opzione di pensiero che risulta però puntellata dall'esplicita riconduzione tra le nullità richiamate dal comma 1 dell'art. 18 di tutta una serie di ipotesi, prima fra tutte quella del licenziamento determinato da motivo illecito, assoggettate prima dell'entrata in vigore della legge n. 92/2012 al regime della nullità di diritto comune⁴¹. A questo primo dato se ne unisce un

³⁹ Così E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli secondo la l. n. 92/2012*, in *Lav.giur.*, 2012, 894 s.

⁴⁰ Sempre E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli secondo la l. n. 92/2012, cit.*, 900. In merito v. anche C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista, cit.*, 1030 ss.

⁴¹ Cfr. con riguardo all'ipotesi di licenziamento determinato da motivo illecito, Cass. 9 luglio 1979, n. 3930, in *Foro it.*, 1979, I, 2333; Trib. Roma 19 ottobre 1995, in *Riv.it.dir.lav.*, 1996, II, 876. Con riguardo al licenziamento intimato in concomitanza con il matrimonio v. l'art. 35 del D.Lgs. n. 198/2006 che nel definire nullo il licenziamento che va dalla data del

secondo: la tutela reintegratoria forte si applica "quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro" (art. 18, comma 1). Una previsione che riecheggia la generale applicabilità dello Statuto dei lavoratori prevista dal secondo comma dell'art. 51 del D.Lgs. n. 165/2001.

Peraltro l'applicazione della sanzione reintegratoria forte per com'è stata prefigurata dal legislatore del 2012 presenta almeno due aspetti di tensione con la specialità di disciplina del settore pubblico (peraltro già presenti anche nella vigenza del precedente articolo 18).

Il primo concerne la deduzione dall'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione di "quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative"⁴². Come noto l'orientamento elaborato nel settore privato ha affermato che il dovere di fedeltà del lavoratore illegittimamente licenziato non viene meno con l'interruzione del rapporto. Ne consegue che qualora nelle more della reintegra il lavoratore svolga attività in concorrenza con quella del datore di lavoro può essere destinatario di un altro addebito disciplinare e, quindi, di un nuovo licenziamento⁴³. Una regola che nel settore pubblico sembra ancora più rigida, dato il vincolo di esclusività del dipendente pubblico impeditivo non solo dello svolgimento di attività in concorrenza, ma di attività tout court⁴⁴.

Il secondo, di rilievo maggiore, concerne la facoltà riconosciuta al lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione. Si tratta di una facoltà che era prevista anche dalla precedente formulazione dell'art. 18, ma che pare porsi in contrasto con la speciale disciplina del

matrimonio sino ad un anno dopo le nozze prevede che alla dichiarazione giudiziale di nullità consegua il diritto tornare in servizio oltre alla corresponsione della retribuzione globale di fatto sino al momento dell'avvenuta riammissione (in giurisprudenza v. già, per la nullità di diritto comune Cass. 10 maggio 2003, n. 7176). Con riguardo al licenziamento della lavoratrice madre v. Cass. 15 settembre 2004, n. 18537.

⁴² In dottrina si evidenzia che l'espresso riferimento al solo *aliunde perceptum* esclude la possibilità di detrarre anche l'*aliunde percipiendum*; possibilità, invece, prevista con riferimento alla c.d. tutela reintegratoria debole ove si prevede anche la deduzione di "quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione". In dottrina v. C. CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, cit., 864 s.; G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, cit., 633 s.

⁴³ V., in questi termini, Cass. 28 aprile 2009, n. 9925, nonché Cass. 4 giugno 2004, n. 10663, in *Riv.it.dir.lav.*, 2005, II, 212 secondo cui dal divieto si sottraggono solo le attività volte a reperire fonti di sostentamento alternative alla retribuzione di fatto non più percepita; Cass. 4 aprile 1997, n. 2949, in *Lav.giur.*, 1998, 211.

⁴⁴ In merito all'obbligo di esclusività v., da ultimo, criticamente A. DI STASI, *La crisi del principio di esclusività nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, 1181 ss.

settore pubblico. Si è detto in precedenza, sulla scorta di quanto affermato dalla Corte costituzionale, dell'incompatibilità con il sistema del riconoscimento di una tutela meramente risarcitoria a favore del dipendente illegittimamente licenziato. Ciò in ragione del peculiare assetto di interessi presente nel settore pubblico. Ma proprio questo particolare assetto pare impedire di poter riconoscere al lavoratore pubblico la facoltà di rinunciare alla reintegrazione, optando per la tutela risarcitoria. In questo caso verrebbe, infatti, meno quel delicato bilanciamento di interessi che sta alla base del disconoscimento della legittimità di una tutela meramente risarcitoria.

L'applicabilità dell'art. 18, ancorché "ritagliato" a misura del lavoro pubblico, comporta l'esperibilità del Rito Fornero. In merito non si condivide la tesi dottrinale che ha comunque escluso l'applicabilità di detto rito al lavoro pubblico, ricavando detta conclusione dai commi 7 ed 8 dell'art. 1⁴⁵. Innanzitutto il comma 47 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 fa riferimento alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni. Il presupposto per l'applicazione del nuovo rito è la richiesta da parte del dipendente dell'applicabilità di una delle forme di tutela contemplate dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Non vi è differenza tra vecchio e nuovo articolo 18: ciò che rileva è che si applichi un articolo 18. Infatti, il comma 67 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 prevede che lo speciale rito si applichi alle controversie instaurate successivamente all'entrata in vigore della legge (18 luglio 2012) anche se la disciplina sostanziale di riferimento è quella antecedente alla legge n. 92/2012⁴⁶. A questo primo elemento se ne aggiungono altri due. Innanzitutto dal punto di vista testuale è importante sottolineare che il comma 7 si riferisce ai principi e criteri per "la regolazione dei rapporti di lavoro" e non alla disciplina processuale. Inoltre dal punto di vista sistematico non sembra possibile ravvisare uno spazio per un intervento di armonizzazione da parte del Ministro per la Funzione Pubblica in materia processuale. Si è così condivisibilmente ritenuto che non solo la necessità di armonizzazione per le norme processuali non si ponga, ma che le stesse devono essere applicate in modo uniforme al lavoro privato e a quello pubblico, non essendovi ragioni che possano giustificare un trattamento processuale differenziato delle due categorie di dipendenti. A conferma di tale conclusione si evidenzia che in presenza sul piano della disciplina sostanziale di norme

⁴⁵ Cfr. C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, cit., 719.

⁴⁶ Sul principio generale per cui ogni atto processuale è regolato dalla legge applicabile al momento in cui viene in essere, v. Cass., sez. VI, 24 settembre 2012, n. 16203.

specifiche e differenziate per taluni aspetti del rapporto, sul piano della disciplina processuale si è sempre avuta una rigorosa uniformità di regolamentazione per le controversie inerenti lo svolgimento del rapporto di lavoro⁴⁷.

7. La peculiarità della categoria dirigenziale nella specialità del lavoro pubblico.

Se per il personale non dirigenziale le questioni interpretative sono molteplici ed intricate, ancora una volta la dirigenza presenta una propria peculiarità. Si è già posto in luce come la Corte di Cassazione avesse sancito l'applicabilità dell'art. 18 alla dirigenza pubblica. Una tesi che è stata varata per la prima volta dalla sentenza della Cassazione n. 2233 del 1° febbraio 2007 e che non è stata successivamente più abbandonata⁴⁸. Chi scrive, all'indomani del deposito della citata sentenza del febbraio del 2007 si era espresso criticamente per la soluzione offerta dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁹. Una critica che non si fondava su un'ostinata volontà di equiparazione della dirigenza pubblica a quella privata, quanto sull'interpretazione del dettato normativo e delle disposizioni contrattuali al tempo vigenti la cui coerente lettura avrebbe dovuto condurre a diverse conclusioni. Una critica che nelle more dell'emanazione del D.Lgs. n. 150/2009 era diventata una richiesta di intervento chiarificatore da parte del legislatore. Un intervento che, come noto, non c'è stato. All'inerzia del legislatore è tuttavia seguito l'intervento della contrattazione collettiva d'area dirigenziale post Brunetta. Tutti i contratti collettivi, con formulazione coincidente (c.d. effetto fotocopia), hanno previsto a favore dei dirigenti illegittimamente o ingiustificatamente licenziati una tutela reintegratoria che presenta significativi profili di specialità sia rispetto alla tutela reale legale al momento vigente sia rispetto alla tutela reintegratoria prevista dal novellato art. 18⁵⁰.

Mentre ai sensi dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori (vecchio e nuovo testo) l'ordine di reintegrazione è vincolante per il datore di lavoro il quale deve invitare il lavoratore a riprendere servizio (ed il lavoratore a seguito dell'invito ha trenta giorni per presentarsi), le disposizioni

⁴⁷ Così, v. P. SORDI, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, dattiloscritto, ottobre 2012, 10.

⁴⁸ Cass. 31 luglio 2012, n. 13710; e così, da ultimo, Cass. 18 dicembre 2012, n. 23330.

⁴⁹ Sia consentito rinviare per chi fosse interessato ad una lettura di dettaglio delle critiche mosse a A. BOSCATI, *Disciplina speciale del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e tutela applicabile nel caso di illegittimo recesso dell'amministrazione*, in *Arg.dir.lav.*, 2007, 703.

⁵⁰ Cfr. art. 13 CCNL Area I; art. 11 CCNL Area II; art. 14 CCNL Area III; art. 14 CCNL Area IV; art. 20 CCNL Area V; art. 11 CCNL Area VI; art. 13 CCNL Area VII.

negoziali, invece, presuppongono che la reintegrazione del dirigente avvenga a seguito di una sua domanda. I contratti collettivi nell'articolo rubricato "Reintegrazione del dirigente illegittimamente licenziato" prevedono, infatti, che "L'amministrazione, a domanda, reintegra in servizio il dirigente" (corsivo di chi scrive). Le previsioni negoziali riconoscono al dirigente il diritto a percepire "il trattamento economico che sarebbe stato corrisposto nel periodo di licenziamento, anche con riferimento alla retribuzione di posizione in godimento all'atto del licenziamento".

L'articolo che dispone il diritto del dirigente alla reintegrazione deve essere altresì letto congiuntamente con l'articolo – che in ogni contratto è immediatamente successivo – in cui si disciplina l'"Indennità sostitutiva della reintegrazione"⁵¹. La fonte collettiva prevede che "L'amministrazione o il dirigente *possono proporre all'altra parte, in sostituzione della reintegrazione ... il pagamento di un'indennità supplementare determinata, in relazione alla valutazione dei fatti e delle circostanze emerse, tra un minimo pari al corrispettivo del preavviso maturato, maggiorato dell'importo equivalente a due mensilità, ed un massimo pari al corrispettivo di ventiquattro mensilità*" (corsivo di scrive). L'indennità concordemente determinata è automaticamente aumentata, ove l'età del dirigente sia compresa fra i quarantasei e i cinquantasei anni, secondo misure predeterminate dal contratto collettivo e variabili a seconda dell'età⁵². Ogni mensilità, sia quelle rientranti nell'indennità supplementare concordata, sia quelle automaticamente aggiunte, devono ricomprendere anche la retribuzione di posizione già in godimento al momento del licenziamento, con esclusione di quella di risultato.

Il problema che si pone all'interprete è, dunque, quello di individuare il tipo di tutela applicabile al dirigente illegittimamente licenziato e, più precisamente, se si possa applicare la tutela reintegratoria forte di cui ai commi da 1 a 3 del nuovo articolo 18, oppure se sopravvivano le disposizioni negoziali appena richiamate.

È indubbio che il licenziamento del dirigente non assistito da giusta causa o da giustificato motivo soggettivo sia al pari di quello irrogato al personale non dirigente nullo. L'art. 55-*quater* nel definire il proprio ambito di applicazione comprende tutti i dipendenti pubblici,

⁵¹ Cfr. art. 14 CCNL Area I; art. 12 CCNL Area II; art. 15 CCNL Area III; art. 15 CCNL Area IV; art. 21 CCNL Area V; art. 12 CCNL Area VI; art. 14 CCNL Area VII.

⁵² Più precisamente: 7 mensilità in corrispondenza del 51esimo anno compiuto; 6 mensilità in corrispondenza del 50esimo e 52esimo anno compiuto; 5 mensilità in corrispondenza del 49esimo e 53esimo anno compiuto; 4 mensilità in corrispondenza del 48esimo e 54esimo anno compiuto; 3 mensilità in corrispondenza del 47esimo e 55esimo anno compiuto; 2 mensilità in corrispondenza del 46esimo e 56esimo anno compiuto.

dirigenti compresi⁵³. Ne dovrebbe derivare quale logica conseguenza l'applicazione della stessa tutela reintegratoria forte che si è ritenuta applicabile al personale non dirigenziale. Ciò a differenza di quanto avviene nel settore privato ove la dirigenza, ex art. 10 della legge n. 604/1966, è soggetta ad un regime legale di libera re cedibilità⁵⁴ che ha portato la contrattazione collettiva a svolgere un ruolo "suppletivo"⁵⁵.

A questo punto occorre interrogarsi circa la permanente applicabilità delle clausole negoziali.

Una prima ed imprescindibile chiave di lettura è data dal fatto che la tutela reintegratoria convenzionale è stata introdotta dalla contrattazione collettiva in un periodo in cui la giurisprudenza aveva già affermato l'applicabilità anche alla dirigenza dell'art. 18. Dunque, un periodo in cui un articolo 18 cui riferirsi c'era. La circostanza sul piano interpretativo non è certamente senza rilievo ed induce ad approfondire ulteriormente il problema.

Sulla scorta di questa prima considerazione occorre, infatti, chiedersi se vi sia una disposizione che per la dirigenza deroghi a quanto previsto dall'art. 51, comma 2, aprendo alla contrattazione collettiva. Al quesito pare doversi fornire una risposta positiva.

Ancora una volta la soluzione deve essere ricercata partendo dall'interno del D.Lgs. n. 165/2001. Occorre procedere all'interpretazione combinata e sistematica degli articoli 2, 21 e 51 del D.Lgs. n. 165/2001. Come visto l'art. 51 è composto da due commi, il primo che prevede che il rapporto di lavoro dei dipendenti contrattualizzati delle amministrazioni pubbliche è disciplinato dalle disposizioni dall'art. 2; il secondo che, invece, prevede l'applicabilità dello Statuto dei lavoratori a tutte le pubbliche amministrazioni (e non al personale delle pubbliche amministrazioni) a prescindere dal numero dei dipendenti. L'articolo 2 a

⁵³ L'art. 55 del D.Lgs. n. 165/2001 afferma, infatti, che "le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-*octies*, costituiscono norme imperative e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'art. 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2". E tra i rapporti di lavoro di cui all'art. 2, comma 2, rientra senza dubbio anche il rapporto di lavoro dirigenziale.

⁵⁴ Nel settore pubblico l'applicabilità dell'art. 10 della legge n. 604/1966, in ipotesi invocabile in ragione del rinvio operato dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 alle disposizioni del settore privato, è tuttavia inapplicabile in quanto in contrasto con la già vista disposizione dell'art. 55-*quater*.

⁵⁵ Come noto la contrattazione collettiva è intervenuta riconoscendo e prevedendo che nel caso di ingiustificatezza del recesso datoriale (nozione contrattuale diversa da quelle legali di giusta causa e di giustificato motivo) il dirigente abbia diritto a percepire un'indennità risarcitoria. Con specifico riguardo alla nozione di giustificatazza v., per tutti, E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale. Fra licenziamenti individuali e collettivi*, in *Trattato di Diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. XL, Padova, 2006, 223 ss.

propria volta, profilo anche questo già richiamato, rinvia alle disposizioni del settore privato fatte salve le speciali disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 165/2001. E tra le speciali disposizioni del D.Lgs. n. 165 non vi è solo (o tanto) l'art. 51, ma soprattutto l'art. 21. Tale articolo nel disciplinare la responsabilità dirigenziale contiene un inciso di fondamentale importanza: "e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo". Un esplicito rinvio alla contrattazione collettiva che è ulteriore e diverso rispetto al doppio rinvio operato dagli articoli 55, comma 2 ("salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi") e 55-*quater*, comma 1 ("Ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo"); un rinvio che nei due casi appena riportati è espressamente circoscritto all'individuazione della correlazione tra infrazioni e sanzioni. La formulazione "secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo" apre invece ad una più ampia regolamentazione da parte della fonte collettiva, estesa anche alla definizione delle conseguenze connesse ad un illegittimo licenziamento. Pare, dunque, che il rinvio alla contrattazione collettiva si giustifichi sul presupposto della ritenuta inapplicabilità dell'art. 18 dello Statuto. Anche perché, diversamente, sarebbe difficile comprendere le ragioni per le quali le organizzazioni sindacali si sarebbero "accontentate" di una disciplina negoziale meno rigorosa di quella legale.

Peraltro, dal punto di vista dei contenuti sostanziali appare evidente che i contratti collettivi prevedano a favore del dirigente una tutela del tutto omologabile a quello che sarebbe il rimedio di diritto comune. Al dirigente è, infatti, riconosciuta la "sola" corresponsione della retribuzione. Il riconoscimento dell'indennità risarcitoria è alternativo alla reintegrazione e può essere corrisposta su accordo delle parti, sì da dover essere assimilato ad un accordo transattivo "governato" dalle disposizioni negoziali⁵⁶.

⁵⁶ Si ritiene, infatti, che i contratti pongano in alternativa la reintegrazione e la corresponsione di un'indennità supplementare. Ancorché la rubrica dell'articolo utilizzi la formulazione "indennità sostitutiva della reintegrazione" nel corpo dell'articolo si fa riferimento ad un'indennità supplementare e, dunque, si utilizza una formula che riecheggia quella utilizzata dai contratti collettivi dirigenziali del settore privato (e dai precedenti contratti collettivi dirigenziali del settore pubblico) per riconoscere al dirigente una tutela risarcitoria per il caso di ingiustificatezza del licenziamento. Ma vi è un altro dato letterale ancor più rilevante. Si prevede esplicitamente che "Il dirigente che accetti l'indennità supplementare in luogo della reintegrazione non può successivamente adire l'autorità giudiziaria per ottenere la reintegrazione". Appare, dunque, chiara la natura risarcitorie dell'indennità supplementare e la sua alternatività rispetto alla reintegrazione. Tra indennità

Tuttavia l'applicazione della "tutela contrattuale" e non dell'art. 18 (ancorché nei soli suoi primi tre commi) comporta l'inevitabile esclusione dall'applicabilità del Rito Fornero, non ravvisandosi allo stato argomenti per supportare un'interpretazione estensiva del comma 47 dell'art. 1 della legge n. 92/2012.

contrattuale in esame e l'indennità sostitutiva della reintegrazione prevista dall'art. 18 vi sono altre due altre importanti differenze. La prima è che nel caso dell'art. 18 è solo il lavoratore che può chiedere al datore la corresponsione di un'indennità sostitutiva della reintegrazione, mentre le disposizioni negoziali presuppongono un accordo tra amministrazione e dirigente. La seconda è che l'indennità supplementare è determinata "in relazione alla valutazione dei fatti e delle circostanze emerse", mentre nel caso dell'art. 18 vi è un'indicazione rigida di quindici mensilità di retribuzione globale di fatto.